

IMPLIKASIES VAN DIE BEËINDIGING VAN 'N SAAMWOONVERHOUDING

deur

FREDERIK JOHAN ERASMUS

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes
vir die graad

MAGISTER LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

STUDIELEIER: PROF J HEATON

NOVEMBER 1995

OPSOMMING

Die artikel bepaal welke regsgevolge voortvloei indien 'n saamwoon-verhouding tot 'n einde kom. Daar word eerstens na die posisie in Engeland gekyk met verwysing na vererwing, gesinsgeweld, 'n deliksaksie weens verlies aan onderhoud, verdeling van eiendom en minderjarige kinders. Daarna word die posisie in Swede in oënskou geneem op dieselfde basis. Laastens word die regsposisie in Suid-Afrika bespreek. Die gevolgtrekking is dat saamwoners hier te lande swakker af is as in meeste ander Westerse lande. Die howe hier het nog min leiding gegee oor die klassieke saamwoonverhouding se implikasies. Gevolglik weet saamwoners nie presies wat hulle te wagte kan wees indien so 'n verhouding eindig nie. Enkele voorstelle vir regshervorming word verskaf.

SUMMARY

The purpose of the article is to ascertain which legal consequences follow when a "*common law*" marriage is dissolved. Firstly, the position in England is evaluated with specific reference to inheritance, family violence, a delictual action for loss of support, division of assets and minor children. Thereafter the position in Sweden is evaluated on the same basis. Lastly, the position in South Africa is discussed. It is concluded that participants to a common law marriage in South Africa do not enjoy the same protection as in most other Western countries. The Courts have given little assistance in this regard. Consequently people that live together cannot be certain of the consequences when their relationship is dissolved. Suggestions are provided for legal reform.

INDEKS

1.	Inleiding	1
2.	Definisie	1
3.	Die posisie in Engeland	2
3.1	Vererwing na 'n saamwoonmaat se afsterwe	2
3.2	Gesinsgeweld	3
3.3	Deliktuele eis weens verlies aan onderhoud	3
3.4	Verdeling van eiendom by ontbinding	3
3.5	Minderjarige kinders	5
4.	Posisie in Swede	6
4.1	Verdeling van eiendom	7
4.2	Kinders	7
4.3	Aksie weens verlies aan onderhoud	7
5.	Suid-Afrika	8
5.1	Vererwing	8
5.2	Gesinsgeweld	8
5.3	Aksie weens verlies aan onderhoud	9
5.4	Verdeling van eiendom by ontbinding van die verhouding	9
5.4.1	'n Saamwoonkontrak	9
5.4.2	Onwettigheid van die kontrak en 'n moontlike verrykingseis	10
5.5	Universele vennootskap	14
5.6	Minderjarige kinders	26
6.	Evaluasie	31

IMPLIKASIES VAN DIE BEËINDIGING VAN 'N SAAMWOON-VERHOUDING

1.

Inleiding:

Al hoe meer pare woon saam in stede van om te trou. ¹ Die redes hiervoor is legio. Een daarvan is natuurlik morele waardes wat voortdurend verander. Dit kan ook gesê word dat die huwelik as instelling besig is om deur diep water te gaan. Dié feit word bevestig deur die feit dat daar in 1993 'n totaal van 26616 egskeidings toegestaan is: onder Blankes 15,5 uit elke 1,000 getroude pare. ² Van regsweë is daar in Suid-Afrika maar nog min erkenning gegee aan die instelling van saamwoon in teenstelling met ander Westerse lande soos Engeland en die VSA. Die vraag ontstaan ook of die reg formele erkenning behoort te verleen aan 'n instelling wat juis indruis teen die formele reëls van huweliksluiting. Hoe dit ookal sy, die doel van hierdie artikel is om kortliks te kyk na die posisie in ander lande, te bepaal welke implikasies dit inhou as so 'n verhouding in Suid-Afrika beëindig word en om voorstelle vir hervorming te gee.

2.

Definisie:

Daar is nie volkome klarigheid oor wat onder 'n "saamwoon-verhouding" verstaan word nie. Dit is natuurlik dikwels van vlietende aard en kan selfs getroude persone insluit wat buite-egtelik saamleef. Vir doeleindes hiervan sal egter gefokus word op daardie persone wat saamwoon - hetsy omdat hulle nie wil of kan trou nie - op 'n meer stabiele en langdurige basis. Homoseksuele persone word ook hierby ingesluit.

¹ Volgens verslag 030122/91 van die 1991 Bevolkingsensus het 'n totaal van 1,24-miljoen mense saamgeleef terwyl daar 'n totaal van 8,7-miljoen getroude persone was.

² Sien statistiese vrystelling P0307 van die Sentrale Statistiekdiens 1993.

3.

Die posisie in Engeland:

Dit wil voorkom asof die howe en die Wetgewer in Engeland al hoe meer erkenning verleen aan saamwoonverhoudings. Tot 'n sekere mate word dit selfs gelyk gestel aan huwelike, hoewel daar steeds beduidende verskille is en 'n wettige eggenoot potensieel in 'n beter posisie sou wees indien die huwelik eindig. Enkele gebiede waar eksplisiete erkenning aan saamwoon-verhoudings verleen is word kortliks aangerak.

3.1 Vererwing na 'n saamwoonmaat se afsterwe:

Hierdie word bestempel as 'n gebied van die reg wat van die mees revolusionêre erkenning aan saamwoners verleen.³

Testamentêre beskikkings tussen saamwoners is in beginsel geldig, maar so 'n beskikking is kwesbaar ingevolge familiereg-wetgewing indien ander afhanklikes van die oorledene nie behoorlik versorg is nie.

Die oorlewende saamwoon-maat kan weliswaar nie intestaat erf nie, maar die "*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act*" van 1975 het 'n groot verbetering in sy of haar posisie teweeggebring deurdat sy/hy ingesluit word by die kategorie persone wat 'n eis vir onderhoud teen die bestorwe boedel het. Enige persoon wat deur die oorledene "*onderhou*" is het 'n eis.⁴ In teenstelling met die wettige eggenoot wat "*reasonable financial provision*" ontvang ongeag of dit nodig is vir sy/haar onderhoud, kan die saamwoner egter net onderhoud kry wat hy redelikerwys benodig.⁵

³ Glendon MA "*The Transformation of Family Law*" (1989) p.271.

⁴ Sien Bottomley A "*The Co-habitation Handbook*" (1984) p.4.

⁵ Sien Hahlo HR "*Cohabitation Concubinage and the Common Law Marriage*" *Fiat iustitia - Essays in Memory of Oliver Deneys Schreiner* (1983).

3.2 **Gesinsgeweld:**

Wanneer 'n huwelik of 'n saamwoonverhouding op die rotse is, gebeur dit dikwels dat die een vennoot die ander vennoot of die kinders aanrand of bloot lastig val. Om die slagoffer van sulke optrede se situasie te bereedder, het die Engelse wetgewer die "*Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act*" in 1976 ingestel. Hierdie Wet geld vir getroudes en saamwoners en maak in kort voorsiening vir interdikte teen die aggressiewe saamwoon- of huweliksmaat. Ons eie Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld is tot 'n groot mate daarop geskoei hoewel die prosedure effens verskil. ⁶ Soos ons eie wet is die Engelse wet gemik op interim oplossings vir "*huweliksgeskille*". In teenstelling met ons eie wet is die Engelse howe egter nie geneë om uitsettingsbevele te verleen op 'n *ex parte* basis nie. ⁷

3.3 **Deliktuele eis weens verlies aan onderhoud:**

Voor 1982 kon 'n saamwoner nie 'n eis instel indien sy/haar vennoot in 'n ongeluk sou sterf nie. Die "*Fatal Accidents Act*" is egter in 1982 gewysig om 'n eis te verleen aan afhanklikes wat saamgeleef het as man en vrou vir 'n tydperk van twee jaar onmiddellik voor die oorledene se dood. ⁸

3.4 **Verdeling van eiendom by ontbinding:**

Hierdie is dikwels die mees problematiese aspek van die beëindiging van 'n saamwoon-verhouding en soos op baie ander gebiede, blyk dit dat die Engelse howe betreklik kasuïsties te werk gaan. Volgens GLENDON verleen die Engelse howe op hierdie gebied nie 'n spesiale status aan saamwoon-verhoudings nie, maar pas hulle eerder sakeregtelike beginsels

⁶ Wet 133 van 1993.

⁷ Priest J. "*Families Outside Marriage*" (1990) p.67.

⁸ Glendon a.w. p.272.

toe. Die bedoeling van die partye toe hulle die eiendom aangekoop het, bly egter relevant en daarom sal die Hof kyk na die aard van die saamwoon-verhouding. Die howe kom tot die benadeelde vennoot se redding deur te verklaar dat 'n "resultant" of "constructive" trust ten gunste van hom of haar tot stand gekom het al is dit amptelik die ander vennoot se eiendom.⁹

Waar daar 'n uitdruklike gemeenskaplike bedoeling was, sal die howe bevind dat 'n resulterende trust tot stand gekom het. Billikheid is egter nie genoeg nie en die benadeelde sal moet aantoon dat hy bygedra het tot die betaling van die eiendom - hetsy direk of indirek.¹⁰ Meer problematies is egter die gevalle waar daar geen uitdruklike of geagte gemeenskaplike bedoeling is nie. Ook in sommige van hiërdie gevalle kom die howe tot die benadeelde se hulp deur 'n beoordeling te maak van die mees waarskynlike uitleg van die partye se optrede. Lord DIPLOCK het in die sleutelbeslissing van Gissing v Gissing die volgende maatstawwe neergelê om te bepaal of daar 'n trust tussen die partye tot stand gekom het:¹¹

- (i) **Nadeel** - dit behels dat die eiser substansiële bydraes tot die eiendom gemaak het. Die blote feit dat een vennoot die huishouding behartig het en kinders grootgemaak het terwyl die ander die verband betaal het is nie voldoende nie;
- (ii) **Beïnvloeding** - die geregistreerde eienaar moes die ander party deur woorde of gedrag oorgehaal het om wel bydraes tot die

⁹ Peart NS "A Comparative View of Property Rights in de facto relationships: Are we all driving in the same direction?" 1989 Otago Law Review 100-140 p.100.

¹⁰ Peart a.w. p.103.

¹¹ [1971] AC 668.

eiendom te maak;

- (iii) **Die eiser se redelike geloof** - die party wat bydra moes waarlik geglo het dat hy 'n aandeel in die eiendom verkry en moet dus nie bloot geld skenk of losies betaal nie. Die hof se houding is dus grootliks om bedrog te probeer voorkom.

Die benadering tot verdeling van eiendom in Engeland stem tot 'n groot mate ooreen met dié wat ook in Nieu-Zeeland, Australië en Kanada aangetref word - hoewel Engeland meer konserwatief is. In eersgenoemde lande word "*huishoudelike dienste*" byvoorbeeld in ag geneem as synde 'n bydrae terwyl dít **per se** in Engeland nie voldoende is nie.¹²

- 3.5 **Minderjarige kinders** - ook op hierdie gebied was daar belangrike aanpassings sover dit "*buite-egtelike*" kinders aangaan. Soveel so dat die term "*illegitimate*" byvoorbeeld in 1987 uitgewis is sover dit die reg ten aansien van kinders aangaan.¹³ Die "*Family Law Reform Act*" van 1969 verleen aan buite-egtelike kinders dieselfde reg om te erf as wat binne-egtelike kinders het.

Sover dit toegang tot minderjariges aangaan is binne- en buite-egtelike kinders ook grootliks gelykgestel. Die moeder verkry egter die uitsluitlike ouerlike gesag van 'n buite-egtelike kind soos in Suid-Afrika.¹⁴

Soos hier te lande is die beste belang van die kind die primêre oorweging.

¹² Sien Peart a.w.

¹³ Glendon a.w. p.269.

¹⁴ Priest a.w. p.143.

*"As a broad generalisation, it is not easy for a father, married or unmarried, to gain custody of his child in a contested case unless there are special factors involved but, as a matter of principle, custody disputes between unmarried parents who have formerly cohabited are to be decided in the same way as custody disputes concerning a child of married parents."*¹⁵

Sover dit toegang aangaan maak die "beste belang"-rigsnoer dit moeilik om te voorspel wat die Hof met 'n gegewe feitestel sal doen. So is toegang al verleen waar daar min of geen saamwoning tussen die ouers was na die kind se geboorte nie. Aan die ander kant slaan die howe soms die houding in dat dit vir die kind beter is om in sy "nuwe" gesin groot te word en nie bande te hou met 'n pa met wie hy in elk geval min kontak het nie. Aan die anderkant *"where the parents have lived together for some time after the birth, so that the father has built up contact and attachment with the child, there needs to be some positive and compelling evidence to justify deprivation of access."*¹⁶ Die feite van elke geval bepaal dus wat in die kind se belang is en dit bring 'n ouer nie ver om te steun op sy reg tot toegang nie.¹⁷

4.

POSISIE IN SWEDE:

Soos te wagte kon wees is die regsposisie in Swede vis-à-vis samewoning die liberaalste van Westerse lande. Daar bestaan goeie redes daarvoor. Ongeveer 20% van alle pare in Swede is ongetroud en dit word beweer dat bykans alle huwelike in Swede voorafgegaan word deur 'n tydperk van saamwoning. Danksy hierdie "kultuur van saamwoon" is die tendens om die regsgevolge van 'n

¹⁵ Priest a.w. p.148.

¹⁶ (N v J 1983) 3 FLR 19 soos aangehaal in Priest a.w. op 152.

¹⁷ B v S 1995(3) SA 571 (A) op 581E.

saamwoon-verhouding sover moontlik gelyk te stel met 'n huwelik.

Omdat Swede tot 'n hoë mate 'n "*welsynstaat*" is, is erflatings en "*gemeenskaplike eiendom*" nie so belangrik as in ander lande nie. Vanweë hoë belasting bou min pare betekenisvolle bates op met uitsondering van miskien die gesinswoning.¹⁸

4.1 **Verdeling van eiendom** - die Riks Dag het in 1973 die howe bemaagtig om by ontbinding van 'n stabiele verhouding ("*union*") reëls toe te pas wat soortgelyk is aan dié wat beskikking oor die gesinswoning by 'n egskediding beheers. Die "*Co-habitees (Joint Home) Act*" van 1987 bepaal verder dat indien 'n saamwoon-verhouding opbreek en die gesinswoning is net op een party se naam geregistreer, word dit verdeel soos by getroude pare. Daar kan hiervan afgewyk word indien dit onredelik sou wees vanweë die duur van die verhouding of ander faktore. As die samewoning deur dood beëindig word kan die oorlewende ook vra vir verdeling. Hierdie Wet geld ook vir persone in 'n homoseksuele verhouding. Die werking daarvan kan by wyse van ooreenkoms uitgesluit word.¹⁹

4.2 **Kinders** - beheer en toesig van 'n buite-egtelike kind kom normaalweg die moeder toe, maar indien die partye gesamentlike beheer verlang kan hulle daarvoor aansoek doen by wyse van 'n eenvoudige prosedure.

4.3 **Aksie weens verlies aan onderhoud** - 'n oorlewende saamwoonvennoot het sedert 1975 *locus standi* om 'n aksie weens verlies aan onderhoud in te stel teen 'n delikspleger.

¹⁸ Glendon a.w. p.273 et. seq.

¹⁹ Sien Malmstrom A and Agell A "*Family and Inheritance Law in Sweden*" (1987) soos aangehaal in Glendon a.w. p.275.

5.

SUID-AFRIKA:

Die feit dat die Calvinistiese inslag tot nog toe die toon in Suid-Afrika aangegee het, bring mee dat daar betreklik min erkenning van regsweë aan samewoning gegee word. Gerapporteerde beslissings wat oor die onderwerp handel is betreklik seldsaam en daarom berus 'n mening oor die vraag of die Hof in 'n bepaalde geval byvoorbeeld verdeling van eiendom sal gelas by beëindiging van 'n saamwoon-verhouding tot 'n groot mate op spekulasie. Spesifieke aspekte wat ter sprake kom by die beëindiging van die verhouding word vervolgens aangeraak.

- 5.1 **Vererwing** - anders as in Engeland kan 'n saamwoon-maat nie intestaat van sy of haar oorlede kameraad erf nie aangesien daar geen bande van verwantskap is wat deur die reg erken word nie. Dit staan egter die paar vry om testamente op te stel waarin hulle mekaar as erfgename aanwys en sodanige testament sal nie as *contra bonos mores* geag word nie. Waar 'n testament egter verwys na "*my vrou*", bestaan daar 'n weerlegbare vermoede dat die testateur sy wettige vrou bedoel het.²⁰

Wat betref onderhoud na afsterwe is die saamwoon-maat ook in 'n swakker posisie as 'n huweliksmaat aangesien die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 nie voorsien vir 'n onderhoudseis vir saamwoners nie.²¹

- 5.2 **Gesinsgeweld** - die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 wat op 1 Desember 1993 in werking getree het, is een van die weinige maatreëls wat plaaslik geneem is om saamwoners uitdruklik te

²⁰SienHahlo HR: The South African Law of Husband and Wife (5th Edition) 37.

²¹Sien artikel 1 waar "*langslewende*" gedefinieer word as die langslewende in 'n huwelik wat deur dood ontbind word.

hulp te snel. Artikel 1(2) daarvan bepaal dat 'n verwysing in die Wet na 'n huwelik ook uitgelê sal word as verwysende na 'n man en vrou wat gewoonlik saamwoon of saamgewoon het as man en vrou hoewel hulle nie getroud is nie. Dit maak dan voorsiening vir 'n **ex parte**-prosedure waardeur 'n benadeelde vennoot in 'n verhouding 'n interdik teen die ander vennoot kan kry wat hom of haar die gesinswoning belet, verhinder om die benadeelde aan te rand en verwante aangeleenthede.

- 5.3 **Aksie weens verlies aan onderhoud** - anders as die meeste ander Westerse lande verleen ons reg steeds nie 'n aksie aan 'n afhanklike - wat nie wettig met 'n oorledene getroud was nie - weens verlies aan onderhoud indien 'n ander sy dood nalatiglik veroorsaak het nie.

Die enigste uitsondering op voorgaande stelling is die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963 wat aan deelgenote tot 'n gebruikelike verbinding sodanige aksie verleen.

- 5.4 **Verdeling van eiendom by ontbinding van die verhouding** - in baie gevalle sal hierdie aspek natuurlik die belangrikste vir saamwoners wees, hetsy die verhouding tot 'n einde kom deur dood of vrywillige skeiding. Daar is nie sprake van dat die normale egskeidingsreëls sal toepassing vind nie en 'n benadeelde party sal hom- of haarself tot ander aksies moet wend. Daar is 'n paar moontlike aksies tot so 'n party se beskikking, wat elkeen toegelig sal word.

- 5.4.1 **'n Saamwoonkontrak** - dit skyn nie asof ons howe al uitspraak gegee het oor die geldigheid van 'n saamwoonkontrak nie. Die rede hiervoor is eenvoudig dat partye wat sover gaan om hul verhouding formeel skriftelik te reguleer dan eerder sal trou en 'n huweliks-voorwaardekontrak sluit.

Wat wel soos 'n paal bo water staan is dat ons howe nie 'n kontrak sal afdwing wat die partye se immorele lewe as grondslag het nie.²² Na hierdie kontrakte word ook soms verwys as sogenaamde "*money for sex*" kontrakte.²³

Dit is egter geensins so maklik om te bepaal wanneer die substraat van die ooreenkoms "*die partye se immorele lewe as grondslag het nie*". Logieserwys word so 'n kontrak tog dikwels gesluit vanweë die feit dat die partye saamwoon. Daarom sê VAN DER VYVER en JOUBERT tereg: "*Daar is hier selfs twyfel oor die geldigheid van 'n ooreenkoms wat onderhoud en onderlinge finansiële aansprake van saamwonende partye reël. Blykbaar kan hulle 'n soort vennootskap sluit waardeur hulle inkomstes en laste gedeel word en/of bates vir die huishouding gesamentlike eiendom word.*"²⁴ Die skrywers se standpunt word tot 'n mate bevestig in die Appèlhof uitspraak van Ismail v Ismail waarin Regter TRENGOVE die volgende sê aangaande 'n poligame huwelik: "*It follows from this that, if the polygamous relationship is regarded as void on the grounds of public policy, the custom or the contract which flows from this relationship is also vitiated.*"²⁵

²² Sien Nathan C in Bosman & Eckard Welsynsreg Hoofstuk IX 245-258 op 257.

²³ Sien byvoorbeeld Hutchings & Delpont: "*Cohabitation: A Responsible Approach*" De Rebus Februarie 1992 121-125 op 123.

²⁴ Van der Vyver en Joubert "*Persone en Familiereg*" (3de Uitgawe) 1991 p.450.

²⁵ 1983(1) SA 1006 (AD) op 1025D-E.

5.4.2 **Onwettigheid van die kontrak en 'n moontlike verrykingseis** - hierbo is daarop gewys dat dit nie seker is of ons howe 'n saamwoonkontrak as **contra bonos mores** en daarom ongeldig sal beskou nie.

Selfs al bevind die Hof dat so 'n kontrak ongeldig of onwettig is, is die benadeelde party nie heeltemal sonder verhaal nie. 'n Party wat presteer het ingevolge 'n onwettige kontrak kan sy prestasie terugeis met die **condictio ob turpem vel iniustam causa**.²⁶ Dit is in wese 'n verrykingseis en die eiser moet die volgende bewys:

- (i) 'n oordrag van eiendom of betaling van geld aan die verweerder;
- (ii) dat die transaksie onwettig was;
- (iii) dat die verweerder ongeregtvaardig verryk is.

Laasgenoemde sal normaalweg die geval wees waar die verweerder versuim het om sy deel van die ooreenkoms na kom.²⁷ Die verweerder daarenteen kan die eis vir restitusie teenstaan op sterkte van die reël **in pari delicto potior est condictio possidentis**. Dit behels in kort dat jy nie 'n prestasie van 'n teenparty kan eis as jou eie hande met onwettigheid besmet is nie.

²⁶ Sien De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg (3e Uitgawe)* p.20

²⁷ Sien Harms: *Amler's Precedents of Pleadings* (4th Edition) p.159.

Die "*in pari delicto*"-reël kan egter verslap word op sterkte van geregtigheid en openbare beleid. Die *locus classicus* vir hierdie beginsel is Jajbhay v Cassim.²⁸ In navolging daarvan is in Albertyn v Kumalo beslis dat "*It is against public policy that one man should be unjustly enriched at the expense of the other.*"²⁹

Nathan is ook van mening dat die Hof tot samewoners se hulp sal kom indien bevind word dat hulle kontrak onwettig is. Sy sê die volgende:

*"Ongelukkig het die verrykingsaksies nie tradisioneel betrekking gehad op dienste gelewer nie, maar slegs op liggaamlike sake wat gelewer is. Die aksies is egter uitgebrei na dienste deur werknemers en onafhanklike kontrakteurs waar daar geen kontrak bestaan nie. Die remedie blyk wyd genoeg te wees om die howe toe te laat om uit te brei na gevalle wat hier voorsien word."*³⁰

Soos met soveel ander gebiede van samewoning die probleem is, blyk daar nie uitsprake te wees waarin hierdie spesifieke vraagstuk mee gehandel is nie en skrywers se standpunte skyn in hoë 'n mate op spekulاسie gebaseer te

²⁸ 1939 (AD) 537 (AD).

²⁹ 1946 WLD 529 op 536.

³⁰ a.w. p.253.

wees.³¹

Dit dien gemeld te word dat die howe in Kanada lank reeds aan samewoners 'n aksie op grond van verryking verleen. Die vereistes wat gestel word is:

- (i) 'n Verryking van die verweerder wat resulteer in 'n verarming van die eiser. Die verrykings aksie kan geskied deur direkte of indirekte bydraes tot die ander se eiendom asook huishoudelike dienste.
- (ii) Die bydraes moes gemaak gewees het met die redelike verwagting dat dit sal uitloop op 'n belang in die eiendom.
- (iii) Die verweerder moes die verrykings aksie vrywillig aanvaar het. Dit moet dus nie 'n geskenk of 'n lening wees nie.³²

In Suid-Afrika is 'n algemene verrykingsaksie tradisioneel nie erken nie. In 1994 het die Appèlhof egter die deur oopgemaak vir so 'n aksie in die beslissing van Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers.³³ Die hof het hom egter nie uitgelaat oor die presiese vereistes vir sodanige aksie nie. Moontlik sal die vereistes wat deur de Vos gestel word mettertyd inslag vind, naamlik:

³¹ Sien byvoorbeeld Hutchings en Delpont a.w. op p.123 wat Nathan se standpunt aanhaal sonder om na verdere gesag te verwys.

³² Peart a.w. op 120.

³³ 1994(3) SA 283 (A) op 333D.

- (i) Die verweerder moet verryk wees;
- (ii) Die verryking moet ten koste van die eiser wees;
- (iii) Die verryking moet ongeregtig wees;
- (iv) Die geval moet nie onder een van die klassieke aksies ressorteer nie;
- (v) Daar moet nie 'n regsreël wees wat die verarmde 'n verhaalsreg ontsê nie.³⁴

5.5 **Universele vennootskap** - die Romeins-Hollandse reg ken twee tipes universele vennootskappe. Die eerste is die sogenaamde *societas universorum bonorum* wat volgens sommige skrywers vroeg reeds in onbruik verval het, behalwe wanneer dit ontstaan as gevolg van 'n huwelik binne gemeenskap van goed. Daar is nie eenstemmigheid in die verskillende provinsiale howe oor die vraag of sodanige vennootskap uitdruklik of stilswyend gesluit moet word nie. In Natal het Waarnemende Regter HENNING bevind dat dit slegs uitdruklik gesluit kan word.³⁵ Dit lyk asof Regter-President DE BEER in die Vrystaat hierdie standpunt obiter steun in die beslissing van V (also known as L) v De Wet NO.³⁶ In Ally v Dinath. (synde 'n Transvaalse beslissing) daarenteen bevind Regter ELOFF dat sodanige universele vennootskap stilswyend tot stand kan kom.³⁷

³⁴ De Vos a.w. p.328 et. seq.

³⁵ *Annabhay v Ramlall* 1960(3) SA 802 (D).

³⁶ 1953(1) SA 612 (O)

³⁷ 1984(2) SA 439 (T).

Of Regter ELOFF se standpunt ons gemenerereg korrek weergee, is nie so seker nie. Hy haal 'n passasie aan van Voet 17.2.2 (soos vertaal deur Gane) waarvan die relevante dele soos volg lees: ³⁸

"Express and implied partnership contracted -

Meantime there is this difference between express and implied partnership, that all things as to which agreement has been reached fall into the express form of it, at whatever time they are going to happen; but the implied form only covers those things which are needfully embraced in the actions by which the implied consent to partnership is evinced, and which depend on them. That is because it would be ridiculous to infer from a thing done a consent to matters which have no needful connection with the thing so done.

Universal partnership never implied -

It is in agreement with this that a universal partnership of all present and future goods cannot be entered into by implied consent and circumstance.

[My onderstreping.]

In teenstelling met die geleerde regter se interpretasie wil dit voorkom asof VOET uitdruklik sê dat hierdie tipe vennootskap nie stilswyend tot stand kan kom nie.

Die tweede tipe universele vennootskap is die sogenaamde

³⁸Op 454C van die uitspraak.

societas universorum, quae ex quaestu veniunt waardeur partye ooreenkom dat alles wat hulle opbou tydens die bestaan daarvan deel sal vorm van die vennootskap. Daar is skynbaar eenstemmigheid dat sodanige vennootskap uitdruklik of stilswyend gesluit kan word.³⁹

Hoewel 'n universele vennootskap uit 'n huwelik buite gemeenskap van goed kan ontstaan (dit kom trouens outomaties tot stand by 'n huwelik binne gemeenskap van goed) is daar gerapporteerde beslissings waarin so 'n vennootskap ook bevind is tussen saamwonende partye wat nie getroud was nie.

Een van die min gerapporteerde uitsprake waarin die woord "*cohabitation*" voorkom - in die konteks van saamwoon as man en vrou - is die van *Ex parte L (also known as A)* wat reeds in 1947 gerapporteer is.⁴⁰ Die feite was kortliks dat die applikant en die oorledene deur 'n "*huwelikseremonie*" in 'n sinagoge in Parow gegaan het. Die partye het daarna vir 13 jaar as man en vrou saamgewoon tot by die man se afsterwe. Drie kinders is ook uit die verhouding gebore. By hul huweliksluiting het die partye elkeen £200 gehad wat hulle aangewend het in hulle besigheid tot hulle gesamentlike voordeel. Hoewel beide partye deurentyd *bona fide* geglo het dat hulle wettig getroud was, moes applikant na haar "*man*" se dood vasstel dat die huweliksbevestigers nie behoorlik aangestel was nie en dat die "*huwelik*" daarom

³⁹ *Annabhay v Ramlall* 1963 SA 802 (N) op 805F-G.

⁴⁰ 1947(3) SA 50 (C).

ongeldig was. Applikant het die hof genader om 'n bevel:

- (a) dat die huwelik 'n wettige een was;
- (b) vir toestemming om onroerende eiendom op naam van die gemeenskaplike boedel oor te dra;

alternatiewelik tot voorgaande twee bedes -

- (i) dat daar 'n vennootskap tussen haar en die oorledene ontstaan het in gelyke dele; en
- (ii) dat die drie minderjarige kinders "*wettig*" is.

Die Hof was nie bereid om te verklaar dat die partye wettig getroud was nie ten spyte daarvan dat daar "*cohabitation and repute*" was. Aangesien beide partye egter **bona fide** geglo het dat die huwelik geldig was, bevind die Hof dat gemeenskap van goed wel tot stand gekom het. Gevolglik is die helfte van die boedel aan Applikant toegeken en die Registrateur van Aktes is gemagtig om die onroerende eiendom op naam van die gemeenskaplike boedel oor te dra.

Hoewel hierdie uitspraak bevestig dat gemeenskap van goed tot stand kan kom al het die partye nie 'n wettige huwelik gesluit nie, is dit waarskynlik van min waarde vir saamwonende partye wat doelbewus besluit om nie te trou nie, aangesien die Hof sterk gesteun het op die feit dat beide partye hier geglo het hulle is wettig getroud.

'n Stilswyende universele vennootskap tussen saamwonende partye het ook ter sprake gekom in Ratanee v Maharaj.⁴¹ Hier was die partye getroud volgens 'n Hindu-seremonie. Twintig jaar later het hulle 'n huweliksvoorwaardekontrak gesluit en daarna is hulle huwelik geregistreer ten einde dit wettig te maak. Die oorlewende vrou het ná haar man se afsterwe die Hof genader om 'n bevel dat die huweliksvoorwaardekontrak ongeldig was (weens onbehoorlike beïnvloeding); dat die huwelik daarom binne gemeenskap van goed was en dat sy gevolglik op die helfte van die gemeenskaplike boedel geregtig was. Waarnemende Regter HENOCHSBERG sê dan dat vanweë die verhouding tussen eiser en oorledene, terwyl hulle nog nie wettig getroud was nie, daar 'n stilswyende universele vennootskap kon bestaan het. Hy vind dit egter nie nodig om die vraag te beslis nie, aangesien die verlyding van die huweliksvoorwaardekontrak volgens hom nie meegebring het dat die eiser al haar belange in die vennootskapsboedel verloor het nie - eiendomsregte wat sy voor sluiting van die huweliksvoorwaardekontrak gehad het bly hare. Getuienis wat volgens die Hof op sodanige vennootskap gedui het was die feit dat die eiser die huishouding behartig het, na die kinders omgesien het en haar "man" in sy winkel gehelp het. Aangesien die vraag aangaande die bestaan van die universele vennootskap nie beslis is nie, het die Hof hom nie uitgelaat oor die vraag of dit 'n vereiste sou wees dat beide partye geglo het dat hulle wettig getroud was nie.

Seker die mees toepaslike saak vir saamwoners wat geen

⁴¹ 1950(2) SA 538 (D).

vorm van huweliksluiting in gedagte het nie, is die Vrystaatse beslissing in V (also known as L) v De Wet NO ⁴²

Applikant en wyle L het vir 21 jaar as man en vrou geleef terwyl sy geweet het hy was getroud met iemand anders. Hulle het saam ook twee kinders gehad. Applikant het beweer dat sy en die oorledene 'n universele vennootskap gehad het en dat sy daarom geregtig is op die helfte van sy boedel. Die Hof het gewerk op die veronderstelling dat hierdie die tweede tipe van universele vennootskap sou wees, waardeur partye slegs deel in dit wat hulle gesamentlik opbou.

Die Hof wys eerstens op die vier vereistes vir 'n vennootskap, te wete:

- (a) Elke party moet iets inbring sy dit geld, arbeid of vernuf;
- (b) Die besigheid moet bedryf word tot die gesamentlike voordeel van beide partye;
- (c) Die doel moet wees om wins te maak;
- (d) Die kontrak tussen die partye moet 'n wettige een wees.

Die Hof bevind eerstens dat net soos partye wat getroud is buite gemeenskap van goed stilswyend 'n vennootskap kan

⁴²1953(1) SA 613 (O).

sluit, daar nie 'n regsbeletsel sou wees teen 'n man se minaar om dieselfde kontrak te bewys nie. Die vennootskap hier was dié van verf en versieringskontrakteur. Beide het iets ingebring - sy het administrasie gedoen en hy het die verfwerk gedoen. Daarbenewens het sy die huishoudelike pligte waargeneem en die kinders versorg. Daar was duidelik 'n bedoeling om wins te maak tot beide se voordeel. Betreffende die vierde vereiste (wettigheid) bevind die Hof dat dit beantwoord is deurdat die doel van die vennootskap was om in hul eie en die kinders se lewensbehoefte te voorsien. Aangesien 'n universele vennootskap dus bewys is, was applikant geregtig op die helfte van die boedel.

Voormelde uitspraak is 'n liberale een vir 1953. 'n Mens moet onthou dat dit in daardie dae veel moeiliker was om te skei as vandag en gevolglik kon die partye dalk nie in die huwelik tree vanweë die feit dat L se wettige vrou 'n egskeiding geweier het nie. Desnieteenstaande is die Hof se bevinding ten aansien van die vierde vereiste naamlik dat die kontrak "*wettig*" was 'n kontensieuse een. Selfs vandag meer as veertig jaar later sal sekere segmente van die samelewing dit as **contra bonos mores** beskou indien 'n getroude man saam met 'n ander vrou leef. 'n Voor die hand liggende probleem is die vraag wat sou word van die wettige vrou se regte indien sy en die oorledene binne gemeenskap van goed getroud was. 'n Ander hof sou dus maklik tot die gevolgtrekking kon kom dat hierdie tipe van kontrak poligamie aanwakker en onder andere daarom **contra bonos mores** is.⁴³ Ingevolge die stelreël **ex turpi**

⁴³Vergelyk die uitspraak van **Ismael v Ismael** in 5.4.1.

causa non oritur actio sou die hele kontrak dan deur die onwettige saamwoning besmet wees en applikant sou sonder verhaal sit.

Dit is interessant om daarop te let dat Respondent se advokaat ook geargumenteer het dat Applikant se optrede net sowel gelyk gestel kon word met dié van iemand in die hoedanigheid van minnares. Indien dit so was sou hierdie as 'n sogenaamde "*money for sex*"-kontrak geïnterpreteer kon word wat taboe is in ons reg.⁴⁴ Die feit dat die partye vir 21 jaar saamgewoon het sou mens egter huiwerig maak om hul verhouding te vereenvoudig tot een van vergoeding vir seksuele dienste.

'n Poligame verhouding het ook ter sprake gekom in *Annabhay v Ramlall*.⁴⁵ Die eiser is ingevolge 'n Hindu-seremonie met die oorledene getroud terwyl hy reeds wettig getroud was met iemand anders. Nòg sy nòg die oorledene het ooit geglo dat hulle huwelik "*wettig*" was. Na die Hindu-"*huwelik*" het Eiser inderdaad by die oorledene en sy wettige vrou gaan bly. Oorledene en sy wettige vrou het kort daarna informeel geskei. Eiser en die oorledene het saam tien kinders gehad.

Ten einde die vraag te beoordeel of daar stilswyend 'n *universorum quae es quaestu veniunt* tot stand gekom het, het die Hof waarde geheg daaraan dat eiser 'n

⁴⁴ Sien Nathan a.w. op 257 en Hutchings en Delpont a.w. op 123.

⁴⁵ 1960(3) SA 802 (N).

minderwaardige rol gespeel het in die oorledene se sake-bedrywighede en daarom die vraag negatief beantwoord.

Van belang in die uitspraak is eerstens die feit dat bevind is 'n **universorum bonorum** (die eerste tipe universele vennootskap) kan nie stilswyend tot stand kom nie en tweedens is daar twyfel uitgespreek of sodanige universele vennootskap tot stand kan kom waar beide partye geweet het hulle is nie wettig getroud nie.

Ally v Dinath was die volgende in die reeks "*Indiër-beslissings*", en het gehandel met 'n eksepsie teen 'n dagvaarding waarin 'n universele vennootskap beweer is.⁴⁶ In hierdie geval het die partye vir 15 jaar as man en vrou gewoon in 'n Islam-verhouding. Daar is beweer dat 'n universele vennootskap tot stand gekom het deurdat die partye:

- (a) 'n gemeenskaplike huishouding gedeel het asof hulle wettig getroud was tot hulle gesamentlike voordeel; en
- (b) hulle bates, inkomste en arbeid saamgegooi het tot hulle gemeenskaplike voordeel.

Verder word beweer dat die verhouding onherstelbaar verbrokkel het en die partye apart woon terwyl die verweerder in besit was van meeste van die bates.

⁴⁶ 1984(2) SA 451 (T).

Soos hierbo bespreek het die Hof bevind dat 'n universele vennootskap van die eerste tipe wel stilswyend tot stand kan kom en dat dit in lyn is met die gevestigde beginsel dat enige kontrak deur gedrag tot stand kan kom.

Daar is ook teen die dagvaarding eksepsie geneem omdat dit nie beweer het dat die doel van die vennootskap was om wins te maak nie. Regter ELOFF bevind dat "*wins*" nie suiwer geldelik hoef te wees nie - dit kan ook die nastrewing van 'n ander materiële behoefte soos om saam koste te bespaar, wees. **In casu** is die objek om 'n gesamentlike boedel te vergaar as genoegsaam beskou.

Aangesien geen getuienis gelei is nie weet 'n mens nie of die partye in hierdie geval bewus was van die feit dat hulle "*huwelik*" nie wettig was nie. Geen melding word in die uitspraak van hierdie oorweging gemaak nie.

In die saak van **Kalla and Another v The Master** was die tafel as't ware vir die Hof gedek om hom uit te spreek oor die gevolge van saamwoon-verhoudings teen die agtergrond van Hoofstuk III van die nuwe Grondwet.⁴⁷ Weens tegniese redes het dit ongelukkig nie gebeur nie.

Soos in meeste van die gerapporteerde beslissings was die partye in hierdie geval ook Indiërs wat getroud was ingevolge Moslem-gebruike. Die partye is in 1948 in Indië getroud. Die man was ingevolge Moslem-gebruike geregtig daarop om vier vroue te hê hoewel hy nooit hierdie "*voorreg*"

⁴⁷ 1995(1) SA 261 (T).

benut het nie. Tweede Respondent was sy enigste vrou. Daar was 'n feitedispuut of Tweede Respondent en haar man tot met sy dood of net tot 1965 as man en vrou geleef het. Die man het in sy testament onder andere nalatings gemaak aan Applikante en Tweede Respondent. Tweede Respondent het nieteenstaande 'n eis teen die boedel ingedien waarin sy die helfte daarvan eis uit hoofde van 'n universele vennootskap tydens hulle saamwoon-verhouding. Die eerste eksekuteur het hierdie eis verwerp. Uiteindelik het die Meester egter 'n direktief gegee waarin hy die opinie uitspreek dat die "*Moslem-huwelik*" geldig was in Suid-Afrika. Applikante vra nou die Hof om hierdie besluit van die Meester te hersien. Hulle baseer die aansoek op die feit dat die "*huwelik*" potensieel poligaam was en daarom ongeldig in Suid-Afrika.

Die Hof bevind eerstens dat daar geen getuienis was om 'n universele vennootskap te bewys nie. Betreffende die geldigheid van die "*huwelik*" bevind die Hof dat 'n blote inskrywing in die bevolkingsregister nie 'n andersins ongeldige huwelik geldig maak nie. Daarbenewens staan dit vas dat 'n potensieel poligame huwelik ongeldig was voor die inwerkingtreding van die nuwe Grondwet.⁴⁸ Op hierdie basis alleen moes die Meester se beslissing aangaande die geldigheid van die huwelik tersyde gestel word, aldus die Hof.

Tweede Respondent het egter op 'n alternatiewe basis geargumenteer dat artikel 14(1) van die nuwe Grondwet aan individue geloofsvryheid verleen, dat die Hof ingevolge die

⁴⁸ Op sterkte van *Ismael v Ismael* 1983(1) SA 1006 (A).

Grondwet wye hersieningsbevoegdhede het en dat die mores van die gemeenskap sedert die Appèlhofuitspraak van Ismail verander het.

Ook op hierdie basis was Tweede Respondent onsuksesvol - die Hof bevind naamlik dat die Grondwet nie retrospektiewe werking het nie. Die Grondwet het in werking getree op 27 April 1994 terwyl die Meester se beslissing reeds gegee was op 14 Januarie 1994 en die aansoek gebring is op 10 Februarie 1994.

Die Hof het hom nie uitgespreek oor die omvangswyde van artikel 14(1) van die Konstitusie nie en ook nie beslis of die Konstitusie horisontale werking geniet nie. Obiter is egter daarop gewys dat artikel 33(4) slegs dui op vertikale werking. Die Hof wys ook op ander bepalings in die Konstitusie wat mag aandui dat 'n potensieel poligame huwelik ook in die nuwe Suid-Afrika **contra bonos** sou wees. Die grondwetlike punte is egter nie behoorlik voor die Hof geargumenteer nie.

Hoewel die saak van Kalla dus die regte bestanddele gehad het om meer rigting oor die lot van saamwoners te gee teen die agtergrond van die nuwe Grondwet, het dit nie gebeur nie. Die Hof het hom byvoorbeeld nie eers uitgelaat oor die vraag of 'n universele vennootskap in 'n potensieel poligame verhouding tot stand kan kom nie.

Op hierdie stadium lyk dit dus asof universele vennootskappe 'n benadeelde party se beste remedie is wanneer die saamwoon-verhouding beëindig word. So 'n

vennootskap behels hetsy saamgooi van huidige en toekomstige bates of net laasgenoemde. Dit het ook uitgekristalliseer dat 'n vennootskap in die konvensionele besigheidsin nie vereis word nie. Die objek om 'n gesamentlike boedel op te bou is voldoende en huishouding en versorging van kinders word gesien as 'n vennoot se "bydrae".

Ongelukkig het die meeste uitsprake Moslem- of Hindu-huwelike behels wat dit miskien nie heeltemal toepaslik maak vir saamwoners nie. 'n Belangrike verskil is die feit dat daar in feitlik al die sake sprake was van 'n "huwelik"-seremonie en die partye in sommige gevalle gemeen het hulle is wettig getroud. Saamwoners gaan doelbewus nie 'n huwelikseremonie deur nie. Tog onderstreep die beslissings die feit dat ons howe wel erkenning gee aan die vermoënsregtelike gevolge van ongeldige huwelike.

Die mees toepaslike uitspraak vir saamwoners is dié van V (also known as L) v De Wet. Dit is egter glad nie seker dat die uitspraak elders gevolg sal word nie, tewens die Appèlhof-uitspraak van Ismail dui eerder op die teendeel.

- 5.6 **Minderjarige kinders** - in die afgelope tyd het stemme begin opgaan vir die erkenning van 'n buite-egtelike vader se toegangsreg tot sy kind. Ons howe se houding was deurentyd dat so 'n vader geen inherente toegangsreg het nie. Gemeenregtelik het hy wel die plig om onderhoud te betaal.

Van die mees onlangse beslissings wat met die vraagstuk gehandel het is

die volgende:

- (i) *F v L and Another*⁴⁹ Hier het die vader aansoek gedoen om die aanstelling van 'n **curator ad litem** as 'n voorloper tot 'n aksie om 'n verklarende bevel dat hy 'n inherente toegangsreg het. Daar is nie melding gemaak van die kind se "*beste belang*" nie. Regter HARMS bevind dat 'n vader nie ouerlike gesag kan verkry bloot uit hoofde van sy vaderskap nie en daarom het hy geen **prima facie** reg van toegang nie.
- (ii) *B v P*⁵⁰ Hierdie was 'n volbankbeslissing van die Transvaalse Hof. In navolging van *F v L* word bevind dat 'n buite-egtelike vader nie 'n "*reg tot toegang*" het nie. Die Hof gee egter toe dat so 'n vader wel toegang kan verkry onder spesifieke omstandighede naamlik waar dit in die kind se beste belang sou wees.
- (iii) *Van Erk v Holmer*⁵¹ Soos gebruiklik het Regter VAN ZYL hier nie geskroom om regskeppend te werk te gaan nie. Die feite was kortliks dat 'n bestrede aansoek om toegangsregte na die Gesinsadvokaat verwys is vir 'n aanbeveling. Laasgenoemde het aanbeveel dat toegang wel aan die buite-egtelike vader verleen word. Hierdie aanbeveling is deur die Hof aanvaar en die partye het toe die saak geskik op die basis dat die vader redelike toegang verkry, welke skikking 'n Hofbevel gemaak is.

Op versoek van die partye het Regter VAN ZYL redes verskaf. Hy

⁴⁹ 1987(4) SA 525 (W).

⁵⁰ 1991(4) SA 113 (T).

⁵¹ 1992(2) SA 636 (W).

het bevind dat die tyd ryp is vir ons howe om 'n inherente toegangsreg te erken weens oorwegings van geregtigheid, billikheid, redelikheid en die openbare belang. Sodanige reg moet slegs die vader ontnem word indien dit nie in die kind se beste belang is nie.

- (iv) Die Appèlhofuitspraak in B v S⁵² Hierdie was die appèl van B v S wat gerappoteer is in 1993.⁵³ Die Appèlhof het hom gesaghebbend uitgespreek oor die buite-egtelijke vader se reg tot toegang en daarmee die onsekerheid wat deur Van Erk se saak geskep is opgeklaar.

Die Hof het kortliks die gerapporteerde beslissings rakende die kwessie (waarvan die belangrikstes hierbo vermeld word) bespreek en daarna die beslissing van Van Erk in redelike diepte geanaliseer.

Die Hof bevind eerstens dat voormelde uitspraak obiter is sover dit 'n inherente reg tot toegang aangaan, aangesien die Hof nie argumente aangehoor het rakende die kwessie nie en die "reg tot toegang" nie werklik in geskil was nie. Aangesien daar nà die skikking nie meer 'n "lis" was tussen die partye nie kom Regter VAN ZYL se redes bloot neer op 'n opinie.

Die Appèlhof het nietemin Regter VAN ZYL se **ratio** geanaliseer. Eerstens bevind die Hof dat die gemenereg wel leiding gee aangaande die buite-egtelijke vader se toegangsreg. Appèlregter HOWIE bevind dat die gemenereg korrek geïnterpreteer is in F v L en B v P. Gevolglik hang toegangsreg af van die aanwesigheid van

⁵²1995(3) SA 571 (A).

⁵³1993(2) SA 211 (W).

ouerlike gesag. Omdat 'n buite-egtelike vader nie ouerlike gesag het nie, het hy ook nie 'n inherente toegangsreg nie. Dit mag wel aan hom verleen word indien dit in die kind se beste belang is.

Die Hof sê voorts dat indien daar sosiale en beleidsoorwegings is wat 'n inherente toegangsreg vir 'n buite-egtelike vader gewens maak, moet die Wetgewer ingryp.

Verder het die Hof oorweeg tot hoe 'n mate die reg onregverdig diskrimineer teen 'n buite-egtelike vader. Hier het die Hof veral gesteun op onlangse Engelse beslissings en kom dan tot die volgende gevolgtrekking: *"The dicta in these cases are clear and persuasive. They show that no parental rights, privilege or claim as regards access will have substance or meaning if access will be inimical to the child's welfare. Essentially, therefore, if one is to speak of an inherent entitlement at all it is that of the child, not the parent."*⁵⁴

Die Hof sê dan voorts dat 'n pa wat met die ma getroud was ook maar sal moet aantoon dat sy toegang in die kind se beste belang is indien die moeder dit bestry. Gevolglik word daar nie teen die buite-egtelike vader gediskrimineer nie.

Betreffende geregtigheid, billikheid en openbare beleid sê die Hof dat dit insiggewend is dat Appellant nie in staat was om te verwys na 'n land met 'n soortgelyke regstelsel as ons s'n waar 'n inherente reg wel verleen is nie.

Die Hof het ook gewag gemaak van die Suid-Afrikaanse

⁵⁴Op 581 I - 582 A.

Regskommissie se aanbevelings van Julie 1994. Dié verslag beveel nie 'n inherente toegangsreg aan nie maar bevestig dat die vader die reg moet hê om die Hof om toegangsregte te nader waar dit in die kind se beste belang is.⁵⁵

Die Hof het ook belangrike opmerkings gemaak rakende die bewyslas. Waar daar geen bestaande hofbevel is wat toegangsregte reël nie het geen party 'n onus nie. Dit is omdat hierdie nie klassieke adversêre litigasie is nie. Dit is meer inkwisitories in dié opsig dat die Hof self moet ondersoek instel na die kind se welvaart in sy hoedanigheid as oppervoog.

Laastens het die Hof met die feite *in casu* gehandel wat kortliks weergegee word aangesien dit tipies is van die feite wat hom voordoën in saamwoongevale. Appellant (die pa) was 24 en die respondent 29. Hulle het saamgeleef vir die grootste gedeelte van 1988 en 1989. Toe hulle weë geskei het was sy swanger. 'n Paar maande voor die kind se geboorte het die pa weer by die ma gaan bly. Hy het haar weer verlaat 'n paar maande na die geboorte. Hy het tot die hospitaalluitgawes bygedra en ander items vir die baba gekoop. Toe die partye finaal "geskei" het, het die ma toegestem tot toegangsregte. In Februarie 1991 is kontak egter heeltemal verbreek. Daarna was die ma se pa die enigste vaderfiguur vir die kind. Daarna het die pa ook nie onderhoud betaal nie, maar hy het wel 'n uitkeerpolis ten gunste van die kind uitgeneem.

Die Hof bevind dat die ma se besware meer betrekking het op die verbrokkeling van haar en die pa se verhouding as wat dit die kind raak. Die praktiese probleem was egter dat die Hof *a quo* se

⁵⁵ Sien *De Rebus* Desember 1994, p.878.

beslissing reeds 2½ jaar vantevore gegee is en die pa sy kind dus vir meer as 4 jaar nie gesien het nie. Dit is deels veroorsaak deur 'n lang tydsverloop tussen die oorspronklike bevel en die toestaan van verlof tot appèl. Hoewel die Hof bevind dat toegang wel in die kind se beste belang mag wees, het hy die saak eers terugverwys vir getuienis ten einde vas te stel wat die uitwerking van die lang tydperk sonder kontak tussen die pa en kind was. Appellant is gelas om binne dertig dae aan te dui of hy wil voortgaan met die aansoek.

Hierdie is 'n rigtinggewende uitspraak en moet verwelkom word. Vaders van buite-egtelike kinders het nou 'n veel beter begrip van waar hulle staan as hulle besluit om die Hof te nader vir toegangsregte. Die feit dat die Appèlhof weggedoen het met die vereiste dat die vader 'n *onus* dra om te bewys dat toegang in die kind se beste belang is, is 'n deurdagte vooruitgang. Die fokus word dus vierkantig op die kind geplaas en geen ouer word ten koste van 'n ander bevoordeel nie.

6.

EVALUASIE:

Die debat aangaande die erkenning wat aan saamwoning-verhoudings verleen behoort te word is een wat veel wyer gaan as net praktiese oorwegings. Suid-Afrika is vir dekades beheers deur Calvinistiese oorwegings. Met die advent van die nuwe Suid-Afrika het hierdie posisie radikaal verander. Die Christelike norm is miskien nie meer die maatstaaf vir die breë bevolking nie, want nou skielik het Hindoes, Moslems, Ateïste en homoseksuele eweveel regte as enige iemand anders. Beteken dit dat die reg volle erkenning aan saamwoon-verhoudings behoort te gee?

Ons het gesien dat daar tot 'n hoë mate wel riglyne neergelê is wanneer so 'n verhouding tot 'n einde kom. So is daar prakties nie meer veel verskil tussen binne- en buite-egtelike kinders nie. Sover dit die verdeling van bates aangaan is die partye op wie se naam die bates nie geregistreer is nie desnoods in 'n swakker posisie as by 'n huwelik.

Dit is my submissie dat die volgende aspekte aandag nodig het:

(i) **'n Eis vir onderhoud weens die nalatige veroorsaking van 'n saamwoon-maat se dood:**

Sodanige eis word reeds in ander regstelsels soos Engeland en Swede erken. Daar is geen rede waarom die delikspleger bevoordeel moet word vanweë sogenaamde "*morele*" oorwegings teen die afhanklike nie.

(i) **Erkenning van saamwoonkontrakte:**

Indien partye hulle "*wille daarop rig*" en so 'n kontrak sluit wat vermoënsregtelike gevolge reël, is daar ook nie 'n rede waarom die howe dit nie behoort af te dwing nie - tensy dit bloot 'n vergoeding vir seksuele dienste behels. Dieselfde oorweging geld as by 'n deliktuele aksie - waarom moet een party ten koste van die ander bevoordeel word, bloot omdat die kontrak vir 'n sekere deel van die gemeenskap onaanvaarbaar mag wees?

Daar is diegene wat sal argumenteer dat 'n saamwoon-verhouding by ontbinding net soos 'n huwelik hanteer behoort te word, omdat dit so wyd voorkom. Daarbenewens waarborg die nuwe Konstitusie nie alleen gelykheid voor die reg nie (artikel 8) maar ook geloofsvryheid (artikel 14). Laasgenoemde sou dan impliseer dat persone nie verplig moet word om 'n "*Christelike*" huwelik aan te gaan nie. Hier dien daarop gelet te word dat

daar steeds 'n groot verskil is tussen 'n Hindu-huwelik of 'n huwelik voor 'n Landdros in teenstelling met 'n informele saamwoon-verhouding. In eersgenoemde geval neem die partye immers doelbewus formele stappe om hul huwelik te reguleer.

Aan die ander kant is daar ook diegene wat meen dat die reg nie formele bande behoort te plaas op partye wat dit juis deur keuse vermy nie.⁵⁶ Of soos Napoleon dit gestel het: die reg ignoreer diegene wat hom ignoreer.

Dat daar waarheid in die volgende aanhaling steek, val egter nie te ontken nie:

"Are the actions of people today to be judged in the light of the standards of last century? As counsel for the plaintiff said, cases discussing what was then by community standards sexual immorality appear to have been decided in the days when for the sake of decency the legs of tables wore drapes, and women (if they simply had to do it) never referred to mens' legs as such, but called them their 'understandings'

What was apparently regarded with pious horror when the cases were decided would, I observe, today hardly draw a raised eyebrow or a gentle 'tut-tut'. It is notorious that there are many people living as husband and wife without benefit of clergy..... One cannot help noticing the newspaper discussions which have taken place as to whether it is right for mothers to see that their teenage daughters are provided with 'the Pill' - not because having illicit intercourse is wrong, but because pregnancy is unwanted. Such an attitude is,

⁵⁶ Sien Hahlo: *"The South African Law of Husband and Wife"* (5th Edition) p.42.

perhaps not surprising when it is recalled that in Queensland the illegitimacy rate is just over 10% of all births. George Bernard Shaw's Eliza Doolittle (circa 1912) thought the suggestion that she has a bath in private with her clothes off was indecent, so she hung a towel over the bathroom mirror. One wonders what she would have thought and said to a suggestion that she wear in public one of today's minuscule and socially accepted bikinis, held miraculously in place apparently with the aid of providence, and possibly, glue.

The point I have perhaps too laboriously, been trying to make is that notoriously the social judgments of today upon matters of 'immorality' are as different from those of last century as is the bikini from a bustle" ⁵⁷

⁵⁷ Per Stabile J in *Andrews v Parker* [1973] Qd R 93 op 102 en 104.

WETGEWING

1. Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963
2. Family Law Reform Act (Engeland) 1969
3. Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act (Engeland) 1975
4. Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act (Engeland) 1976
5. Fatal Accidents Amendment Act (Engeland) 1982
6. Cohabitees (Joint Home) Act (Swede) 1987
7. Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990
8. Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993

GEWYSDES

1. Albertyn v Kumalo 1946 WLD 529
2. Ally v Dinath 1984(2) SA 439 (T)
3. Andrews v Parker [1974] QdR 93
4. Annabhay v Ramlall 1960(3) SA 802 (D)
5. B v P 1991(4) SA 113 (T)
6. B v S 1993(2) SA 211 (W)
7. B v S 1995(3) SA 571 (A)
8. F v L and Another 1987(4) SA 525 (W)
9. Gissing v Gissing [1971] AC 668
10. Ismail v Ismail 1983(1) SA 1006 (AD)
11. Jajbhay v Cassim 1939 537 (AD)
12. Kalla and Another v The Master 1995(1) SA 261 (T)
13. Ex parte L (also known as A) 1947(3) SA 50 (C)
14. N v J 1983 3 FLR 19
15. Ratanev v Maharaj 1950(2) SA 538 (D)
16. V (also known as L) v De Wet NO 1953(1) SA 612 (O)
17. Van Erk v Holmer 1992(2) SA 636 (W)

BIBLIOGRAFIE

1. Bevolkingsensus 1991 - Verslag 030122/91;
2. Bottomley A. *"The Cohabitation Handbook"* (1984);
3. **De Rebus** Desember 1994, p.878;
4. De Vos W. *"Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg"* (3de Uitgawe) 1987;
5. Glendon M.A. *"The Transformation of Family Law"* (1989);
6. Hahlo H.R. *"Cohabitation Concubinage and the Common Law Marriage"* **Fiat iustitia** - Essays in Memory of Oliver Deneys Schreiner (1983);
7. Hahlo H.R. *"The South African Law of Husband and Wife"* (5th Edition) 1985;
8. Harms L.T.C. *"Amher's Precedents of Pleadings"* (4th Edition) 1993;
9. Hutchings S. and Delport E. *"Cohabitation : A Responsible Approach"* **De Rebus** Februarie 1992, p.121.
10. Nathan C. *"Samewoning of Samehuising"* Bosman & Eckard *"Welsynsreg"* Hoofstuk IX p.245;
11. Peart N.S. *"A comparative View of Property Rights in de facto Relationships: Are we all driving in the same direction"* 1989 Otago Law Review p.100.
12. Priest J. *"Families Outside Marriage"* (1990).
13. Van der Vyver J.D. en Joubert D.J. *"Persone en Familiereg"* (3de Uitgawe) (1991).